



**AUDIENCIA PROVINCIAL  
BARCELONA  
SECCIÓN NOVENA**

**PROCEDIMIENTO ABREVIADO núm. 83/15**  
Diligencias Previas núm. 3234/2011  
Juzgado de Instrucción núm. 3 de Sabadell

**SENTENCIA**

Ilmos. Sres. e Ilma Sra.:

D. Andrés Salcedo Velasco  
D. José María Torras Coll  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Vacas Márquez



Barcelona, a nueve de enero del año dos mil diecisiete.

VISTO, en juicio oral y público ante la Sección Novena de esta Provincial, el presente Procedimiento Abreviado nº 83/15, seguido por un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, contra el acusado [REDACTED] mayor de edad, en cuanto nacido el día [REDACTED] (República Dominicana), hijo de [REDACTED] vecino de Sabadell, domiciliado en la [REDACTED], con autorización de residencia de larga duración en España vigente provisto de [REDACTED], con antecedentes penales no computables, cuya solvencia económica no consta acreditada, en situación de libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora de los Tribunales, D<sup>a</sup>. Paula Vignes Izquierdo y defendido por el Letrado, D. Jorge Muñoz Gómez, y contra la acusada [REDACTED], mayor de edad, en cuanto nacida el día [REDACTED], hija de [REDACTED] y de [REDACTED] de nacionalidad española, con [REDACTED], vecina de Sabadell, con domicilio en la [REDACTED], sin antecedentes penales, cuya solvencia económica no consta acreditada, en situación de libertad provisional por esta causa, representada por la Procuradora de los Tribunales, D<sup>a</sup>. Cristina Baidés Sallent y defendida por el Abogado, D. Antonio Casado Fernández siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Montserrat Carreras Salarich, siendo ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José María Torras Coll, que expresa el parecer unánime del Tribunal, previa deliberación y votación.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En la fecha señalada se celebró el juicio oral y público previsto para ese día en la causa referida en el encabezamiento.





Iniciada la vista, y después de plantear las cuestiones previas que se contienen en la videograbación del juicio oral, se procedió a practicar en el mismo acto todas las pruebas propuestas por las partes y que habían sido admitidas y declaradas pertinentes.

**SEGUNDO.**-Tras ello el **MINISTERIO FISCAL** elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, calificando los hechos a que se refiere el presente procedimiento como constitutivos penalmente de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368 del Código Penal, tipo básico, siendo autor de los mismos los expresados acusados, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y solicitando se impusiera ,a cada uno de los coacusados, la pena de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN y MULTA** de 17.400 euros, con la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria de seis meses de privación de libertad conforme a lo dispuesto en el art. 53 del C.Penal y pago de las costas procesales devengadas en el proceso por mitad e iguales partes. Asimismo, se interesó que a las sustancias estupefacientes aprehendidas y dinero intervenido se les dé el destino legal previsto en los arts. 127 y 374 del C.Penal y en el art. 367 de la L.E.Criminal.

**TERCERO.**-Por su parte, en igual trámite, la **DEFENSA LETRADA DEL ACUSADO**,elevó,asimismo,a definitivas sus conclusiones provisionales, postulando la libre absolución de su patrocinado con toda clase de pronunciamientos favorables.

**CUARTO.**- Por otra parte, y, en igual trámite, la **DEFENSA LETRADA DE LA ACUSADA** elevó,asimismo,a definitivas sus conclusiones provisionales, postulando la libre absolución de su patrocinada con toda clase de pronunciamientos favorables,si bien fue modificada la cuarta de las calificaciones provisionales,en el sentido de invocar ,como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, la atenuante de dilaciones indebidas contemplada en el art. 21.6º del C.Penal.

**QUINTO.**-Concedida la última palabra a los acusados,no hicieron uso de su derecho,al manifestar que nada agregaban a lo expuesto e informado por sus respectivos Letrados defensores, quedando los autos vistos para sentencia.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.**- Se declara expresa y terminantemente probado, que el día 1 de diciembre de 2011, sobre las 12:57 horas ,el acusado, [REDACTED] mayor de edad, nacido el día 2 de febrero de 1970, en la República Dominicana, con autorización para residir legalmente en España y con antecedentes penales no computables en la presente causa, con obtejo de obtener un ilícito beneficio, se dirigió con el vehículo Chevrolet Epica a la calle Fontanella ,de la localidad de Sabadell, donde se hallaba [REDACTED] a quien entregó ,a cambio del precio de 50 euros, un envoltorio de plástico blanco, con sustancia en polvo blanca, que resultó ser cocaína, con 0,894 gramos de peso neto y un grado de pureza del 35 % de su peso,siendo dicha transacción observada, a escasa distancia,





por una dotación policial no uniformada que prestaba servicio de seguridad ciudadana, intervino inmediatamente ,encontrando en poder del comprador ,la sustancia referida, y, en poder del dicho acusado, Sr. [REDACTED], la suma de 395 euros ,en billetes fraccionados ,en dos fajos de billetes de 50,20 y 5 euros, uno de ellos sujeto con una goma de plástico, y el otro fajo ,en el bolsillo izquierdo del pantalón del acusado, procedentes del tráfico ilícito de estupefacientes y otros seis envoltorios con sustancia pulverulenta blanca, de similares características a la del intercambio, con un peso neto de 3,572 gramos ,de cocaína, con riqueza del 36% de su peso que poseía para comerciar a terceros a cambio de dinero.

**SEGUNDO.**-En el mercado ilícito clandestino, el precio aproximado de un gramo de cocaína lo es de 60 euros.

**TERCERO.**-Constatamos, a folio 157 de la causa, Auto decretatorio de la nulidad de actuaciones, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Sabadell,de fecha 29 de agosto de 2013, al percatarse el Juzgado de la omisión de traslado al Ministerio Fiscal y resto de partes formalmente personadas.Auto de fecha 21 de mayo de 2014, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona resolutorio del recurso de apelación contra los Autos dictados por el dicho Juzgado de Instrucción de fecha 19 de febrero de 2013.Providencia, de fecha 6 de marzo de 2015, por el que,indebidamente viene reputado como órgano enjuiciador y decisorio,el Juzgado de lo Penal de Sabadell, Providencia del Juzgado de lo Penal 3 de Sabadell, de fecha 6 de julio de 2015, por el que se acuerda la devolución de las actuaciones al Juzgado de Instrucción de procedencia al haberse abierto el Juicio Oral ante la Audiencia Provincial de Barcelona, competente para el enjuiciamiento de los hechos. Auto de fecha 19 de julio de 2015, dictado por esta Sección Novena,ya subsanado el error advertido, por el que se se admiten las pruebas propuestas y se se propone el señalamiento del plenario que se celebró en la fecha prevista ,en noviembre de 2016 ante esta Sección Novena

**CUARTO.**-No ha quedado acreditado que la acusada, a la sazón esposa del acusado, tuviese conocimiento ni participase en la dicha operación de intercambio ni que supiera de la existencia de la sustancia estupefaciente intervenida.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Cuestiones previas.

En el llamado trámite de cuestiones previas, situado en el pòrtico del plenario, las defensas letradas de los acusados ,al socaire de la previsión contenida en el art. 786-2º de la L.E.Criminal, reprodujeron, la petición de nulidad de la diligencia de entrada y registro practicada en el domicilio de los acusados por vulnerar el derecho a la inviolabilidad domiciliaria consagrada en el art. 18 de la C.E. y por conculcar las garantías constitucionales, legales y procesales conforme a lo dispuesto en el art. 24.2 de la Ley Fundamental,y ello en razón a que la dicha diligencia fue practicada en ausencia del acusado, sin su consentimiento ni conocimiento, tras haberse





procedido a su detención policial, el día de autos, no tratándose de una situación parificable a un delito flagrante, y sin contar con el correspondiente mandamiento judicial injerencial.

Cuidan de poner de relieve las defensas de los acusados que las versiones ofrecidas por los agentes de policía actuantes y la dada por la otrora investigada, [REDACTED] contrastan frontalmente en un aspecto fundamental, en lo que concierne a la diligencia de entrada y registro del domicilio de los acusados, ya que mientras los funcionarios policiales afirman que [REDACTED] manifestó de manera espontánea a los agentes que su marido vendía droga y que, de forma clara, decidida, espontánea y voluntaria, les hizo entrega de la droga que se hallaba en el domicilio de ambos, la cual libró a los agentes, aseverando los agentes de policía que lo hizo por iniciativa propia, así como la balanza de precisión, y que el acta de entrega se formalizó en el umbral de la vivienda, en la puerta de entrada, preservando la intimidad de la investigada; por el contrario, la acusada asegura que, en ningún momento, fue debidamente informada de la acusación, ni de su condición procesal, ni fue instruida de sus derechos por la policía, sino que sostiene, en una declaración, en los sustancial, uniforme, lineal, compacta y monocorde, mantenida a lo largo de todo el proceso y en el plenario, que fue la policía la que le obligó a acudir a su domicilio y que la coaccionaron en el sentido de que la reportarían a su país de origen y le quitarían la custodia de las niñas, incluso verbalizó a la DGAIA de la Generalitat de Catalunya, y que la policía entró en su casa, la registró y que uno de los policías se sentó en el sofá de la vivienda redactando el acta, sin que le fuese mostrada ninguna orden ni mandamiento judicial de entrada y registro, siendo que le hicieron una foto, ocultando su rostro, en la que sólo se ven sus manos con la sustancia estupefaciente, y, defiende la acusada que le hicieron firmar la diligencia, la declaración, considerando que fue chantajeada y que bajo tal presión policial tuvo que firmar.

La versión ofrecida por la acusada no puede, en absoluto, ser laminada puesto que encuentra refrendo, respaldo, en lo sustancial, en lo declarado por el agente de policía, con TIP 13354, el cual, al ser interpelado acerca de si ofreció a la acusada algún tipo de beneficio si llevaba a los agentes de policía al domicilio voluntariamente y con ello su marido se vería beneficiado con una rebaja de pena, afirmó que sí, y que también se le manifestó que evitaría con ello que le pudieran quitar a los menores y ser expulsados del país. Es decir, que no fue una invención artificiosa, en clave de defensa, articulada por la acusada, sino que fue de algún modo inducida.

Y en cuanto al modo y forma de entrega de la droga, el agente aseveró en instrucción que, al llegar al umbral de la puerta del domicilio de los acusados, la acusada se avanzó, entró en la vivienda, aguardando los agentes en el rellano de la escalera y que una vez entregada la droga se formalizó todo en un acta y en ese momento fue cuando la acusada les invitó a entrar para que los vecinos no vieran la situación por vergüenza y el policía reconoció que las actas se formalizaron en el comedor de la dicha vivienda, es decir, en su interior, entrando en la vivienda tres agentes de policía.





En cuanto al motivo por el cual no aparece el rostro de la acusada en la fotografía, la respuesta policial es que no se le sacó la cara porque la acusada estaba muy nerviosa y angustiada, y ello viene a denotar, y, sería muestra palpable de esa denominada por la jurisprudencia, contextualizada, intimidación ambiental que excluiría la prestación de un consentimiento libre, espontáneo y voluntario.

Los agentes con TIP 3317 y 6714, abundando en similar sentido, adverbieron que la esposa del detenido libró a los funcionarios de policía la sustancia estupefaciente y la balanza de precisión en el rellano de la escalera, y, al darse la circunstancia de que pasaban por allí vecinos, y, estando la acusada presa de excitación y de vergüenza, les pidió a los agentes que entraran en la vivienda, en el recibidor, para rellenar las actas, sin que en ningún momento se llegara a cerrar la puerta. Pero entre este agente y el otro se advierte una contradicción, al afirmar uno que entraron en el interior de la vivienda, en el comedor y otro que se quedaron en el recibidor, siendo que el primero incluso llegó a describir el armario, la altura del mismo, donde se ubicaba la droga y el agente con TIP 3317 negó, por contra, que le comentasen a la acusada que la DGAIA podría hacerse cargo de la niña, pero admitió que la mujer se encontraba muy asustada.

Nótese que esta aseveración se contradice frontal y abiertamente con lo depuesto por el agente con TIP 13354 el cual afirmó que se le manifestó a la acusada que evitaría, si colaboraba, que se le pudieran quitar los menores y ser expulsada del país.

Y el agente con TIP 3317 afirmó que le hicieron a la acusada la foto, ocultando su rostro, porque la Sra. estaba llorando y desesperada.

Así las cosas, las defensas arguyen que los agentes de policía sortearon el control constitucional y legal pues no recabaron la correspondiente autorización judicial lo que ha de provocar, por ilicitud, la nulidad de esa prueba, so pena de mermar y conculcar el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que fue obtenida con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio proclamado en el art. 18.2 de la C.E.

Por ello, en su momento, la defensa de la acusada pidió el sobreseimiento libre y parcial respecto de ella de las actuaciones, cuya solicitud fue desestimada por el Juzgado de Instrucción y por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, aquél por Auto de fecha 19 de febrero de 2013, y ésta por Auto de fecha 21 de mayo de 2014, dictado en el Rollo de apelación nº 402/2014, en cuya resolución el Tribunal de Apelación se limita a invocar sendas SSTC 153/1999 y 247/1994, señalando que el rechazo de la petición de nulidad lo es en razón a que no era el momento procesal oportuno para su planteamiento, ya que se considera que, en sede de procedimiento abreviado, debe ser en el pórtico del juicio oral, en la configurada como audiencia preliminar, al inicio del plenario, donde se ofrece la oportunidad de exponer, con plenitud de garantías, cuanto se estime oportuno acerca de una eventual vulneración de un derecho fundamental, conforme a lo normado en el art. 793.2 de la L.E.Criminal, vigente en la fecha de las citadas resoluciones, y allí y entonces y no antes ni después pueden y deben, afirma el





6/31

Tribunal, proponerse tales cuestiones, por lo que no entró el Tribunal de Apelación en la cuestión de fondo y desestimó el recurso, siendo harto discutible tal posicionamiento cuando de lo actuado son de colegir fundadas evidencias de conculcación de un derecho fundamental que deberían conducir a excluir del proceso las pruebas ilícitamente obtenidas, y, en su caso, decretar el sobreseimiento de lo actuado, sin necesidad de prolongar innecesariamente la situación procesal de quien ha visto conculcado su derecho, sometiéndole a la denostada pena de banquillo.

Asimismo, se adujo que dicha diligencia, con la consiguiente recogida de la sustancia estupefaciente incautada, tuvo lugar sin que la acusada contase con la debida instrucción de sus derechos y sin asistencia técnica legal de Letrado y sintiéndose la acusada presionada por la policía ante la eventualidad de verse privada de la custodia de sus hijos caso de no colaborar con la policía en la investigación con la promesa de poder ser beneficiaria de reducción de pena y de no ser expulsada del país. Es decir, se alega que la acusada fue coaccionada e inducida por la policía, lo que llevaría, en la tesis de los Abogados defensores, a declarar la nulidad de la dicha diligencia y consecuentemente al expurgo, a la expulsión, de esa prueba ilícita del caudal probatorio.

Además, dejaron anunciado las defensas el planteamiento e invocación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas para el improbable supuesto de no prosperar la tesis absolutoria.

El Ministerio Fiscal se opuso a la declaración de nulidad.

**SEGUNDO.**-Recordemos que la C.E., en el art. 18.2, consagra la idea basilar de que el domicilio es inviolable, de tal suerte que ninguna entrada o registro podrá practicarse sin el consentimiento del titular o resolución judicial habilitante, salvo en caso de flagrante delito.

Así, la inviolabilidad del domicilio, como el secreto de las comunicaciones constituyen manifestaciones esenciales del respeto al ámbito de la vida privada, personal y familiar constitucionalmente tuteladas.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio se configura, pues, como un verdadero derecho fundamental de la persona, con refrendo constitucional, para garantizar su ámbito de privacidad dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que, consecuentemente, tiene que quedar inmune a las invasiones o agresiones externas, sea de otras personas o de la autoridad pública, por tratarse del espacio en el cual la persona ejerce su libertad más íntima.

La razón de ser de la exigencia de la presencia del interesado, o de su representante, en la entrada y registro domiciliario radica en la idea de que dicha diligencia afecta a un derecho personal de naturaleza constitucional, cual es el derecho a la intimidad personal, pues el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, implica una estrecha ligazón con su ámbito de intimidad, ya que lo que se protege no es sólo un espacio físico, sino, igualmente, lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada.

Así, el art. 569 de la LE.Criminal, exige que el registro se realice en presencia del





interesado o de la persona que legítimamente le represente.

Cuando se va a llevar a cabo una diligencia de entrada y registro en una vivienda en la que conviven varias personas, alguna o algunas de las cuales son objeto de investigación en la causa, es práctica habitual que dicha diligencia se interese por la Fuerza Actuante a nombre del sujeto investigado, y no del titular o titulares o arrendatarios de la vivienda, ya que en muchas ocasiones, se trata de habitaciones subarrendadas, incluso de manera subrepticia, por parte de los inquilinos o arrendatarios, sin consentimiento ni conocimiento de los propietarios, por diversas razones, por lo que se desconoce el nombre de aquéllos hasta el mismo momento en el que se lleva a cabo la diligencia, siendo lo relevante la relación locativa entre el investigado y el domicilio en cuestión.

En cualquier caso, resulta imprescindible la presencia del investigado durante el desarrollo de la práctica del registro domiciliario cuando el investigado se halle detenido o a disposición policial o judicial, ya que en tales supuestos, no existe justificación alguna para perjudicar su derecho a la contradicción que encuentra su mejor garantía en la presencia efectiva del investigado en la práctica del registro, de tal suerte que su ausencia determina la nulidad. (STS de 12 de julio de 2010).

Ello, no empero, existen supuestos excepcionales, en los que se concitan una serie de circunstancias excepcionales a la regla general de la presencia del interesado, en cuyos casos, la misma no resultaría exigible, como es en el supuesto de fuerza mayor, en los que la ausencia del investigado, pese a encontrarse a disposición judicial, esté justificada.

Así, pueden señalarse, ad exemplum, los siguientes supuestos:

- hospitalización del investigado (véanse las Sentencias del Tribunal Supremo Núms. 393/2010, de 22 de abril, y 968/2010, de 4 de noviembre)
- detención en lugar muy alejado del domicilio en que haya de practicarse el registro (véase la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 716/2010, de 12 de julio);
- registros que hayan de llevarse a cabo simultáneamente en varios domicilios (véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo Núms. 199/ 2011, de 30 de marzo, y 402/2011, de 12 de abril).

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que la asistencia de letrado resulta preceptiva en aquellos casos en que la entrada y registro se produzca con el consentimiento del morador detenido, como razón justificadora de la diligencia, en cuyo caso, la prestación de dicho consentimiento ha de realizarse en presencia de Abogado al objeto de evitar que se produzca lo que se ha venido en denominar jurisprudencialmente, "intimidación ambiental", debiendo hacerse constar ese consentimiento y la asistencia letrada en el acta policial.

Si conforme a lo preceptuado en el art. 520 de la L.E.Criminal, la asistencia técnica de letrado resulta preceptiva para que el investigado preste declaración en calidad de detenido, igualmente será imprescindible para asesorarle si se halla en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento a fin de asentir la entrada y registro en su domicilio. De no llevarse a cabo tal asesoramiento de letrado, antes de otorgarse el consentimiento por el detenido, respecto al registro policial en su domicilio, ello supone una clara vulneración del artículo 17.3 de la Constitución Española, con los efectos previstos en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, la ineficacia total de dicho consentimiento, y, por ende, la imposibilidad de atribuir validez al resultado de la entrada y registro así llevada a cabo, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acreditar por otros medios lo que se





8/31

pueda descubrir en el registro, diligencia que, lógicamente, habrá de ser declarada radicalmente nula.(STS de 29 de septiembre de 2005).

Así las cosas,pues,el consentimiento del interesado constituye una de las tres fuentes de legitimación de la injerencia de los poderes públicos en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio proclamada en el art. 18.2 de la C.E.junto a la autorización judicial mediante el Auto habilitante y el supuesto de delito flagrante.

La cuestión atinente a si medió o no consentimiento debe ser interpretada de manera restrictiva, conforme a la doctrina científica y la jurisprudencia, de la forma más favorables para el titular del domicilio.

El consentimiento debe ser voluntario,libre y expreso, no tácito ni presunto o implícito,ni,por supuesto ,condicionado,ni inducido,ni precedido de sugestionabilidad alguna, ya que debe prevalecer la regla del dubio pro libertatis, STC 10 de febrero de 2003.

En el caso de domicilio compartido por dos o más personas,en principio, sería suficiente el consentimiento prestado por uno de los moradores ,siendo indiferente a tales efectos, el título ocupacional, detentatorio o posesorio, ora alquiler, subarriendo,propiedad, usufructo, precario o simple ocupante. (STS 12 de julio de 2006).

Ahora bien, ello siempre que no se suscite ni concite conflicto de intereses.

Especial consideración merece el supuesto del matrimonio o pareja sentimental "more uxorio" que comparten el mismo domicilio,cuando uno de los componentes del matrimonio o unión estable de hecho, presta el consentimiento.

Surge la problemática cuando uno de los comoradores esté detenido,cual aquí acontece, pues en tal hipótesis no cabe duda que la intervención y asistencia técnica de Letrado resulta imprescindible en el momento de dar el consentimiento para despejar cualquier atisbo de duda en cuanto a la eventual concurrencia de coacción o intimidación ambiental,como indica la STS de 14 de noviembre de 2000.

En este sentido, debe tenerse muy presente lo dispuesto actualmente en el art. 520 , 2,letra c) de la L.E.Criminal, en la redacción dada por la L.O. 5/2015, de 27 de abril , al transponer a nuestro ordenamiento interno la legislación comunitaria, en lo tocante al derecho a solicitar la presencia de Abogado para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en las de reconocimiento en rueda, y la configuración que se da al ejercicio del derecho de defensa en el art. 118 de la L.E.Criminal, en el marco de las L.O. 13/2015, y Ley 41/2015, de fortalecimiento de las garantías procesales.

A fin de valorar la trascendencia de la decisión que adopte sobre el ejercicio de su derecho y velar por sus posibilidades de defensa y preservación de sus garantías y derechos,es obvio que el consentimiento debe prestarse evidentemente de forma libre y la asistencia de Abogado viene a garantizar justamente la voluntariedad del consentimiento y la ausencia de cualquier atisbo de coacción policial o ambiental





9/31

que lleve al otorgamiento viciado ,es decir, sin auténtica voluntad libremente manifestada sin cortapisa alguna.

Así las cosas ,y, para evitar cualquier eventual riesgo de ilicitud derivada de vicio en el otorgamiento del consentimiento, siendo como lo es la diligencia de entrada y registro en un domicilio particular, una diligencia de investigación ,este Tribunal estima que debía recabarse ,al no tratarse de un supuesto de delito flagrante, la preceptiva autorización judicial ,ex art. 546 de la L.E.Criminal, que debe revestir necesariamente la forma de Auto motivado ,es decir, contar con la preceptiva habilitación judicial injerencial domiciliar.

Cierto es que sobre ello la jurisprudencia no se ha mostrado precisamente uniforme ni es unánime a propósito de la validez y licitud de la diligencia de entrada y registro practicada por la Policía actuante en la vivienda del investigado detenido sin contar con la autorización judicial, pero con el consentimiento de su esposa o compañera sentimental que también habita en el mismo domicilio particular.

No desconoce,pues ,esta Sala las distintas posturas que ha venido manteniendo la jurisprudencia en torno a la eficacia del consentimiento prestado por otro morador que no sea el investigado.

Así ,las SSTTS de 30-1-2001 y 20-10-2003 consideran que cuando se trata de domicilios ocupados por distintas personas se requiere la autorización de todos ellos, pues el interés de cada morador, a los efectos del art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , es personalismo, por lo que la decisión de cada uno de ellos no puede suplantarse.

Por contra, las SSTTS de 11-2-2000, 2-4-2002 y 30-12-2002 argumentan que en el caso de ser varios los moradores, es suficiente para el registro la presencia de cualquiera de ellos y que será suficiente con la autorización de aquel que, en atención a las circunstancias del caso, se encuentre en el lugar en condiciones de prestar su consentimiento o de negarlo pues una lectura constitucional del artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , nos lleva a la conclusión de que el consentimiento para la entrada sin mandamiento judicial, lo tiene que prestar la persona que, por su situación respecto del domicilio o vivienda, se encuentra en condiciones de ejecutar los actos que de él dependan para franquear el acceso material al domicilio.

Ahora bien, desde una lectura constitucional y,por ende, garantista, debemos afirmar que el derecho concernido ,el derecho a la intimidad del hogar ,resulta personalísimo,pues la vivienda constituye un espacio protegido, de intimidad, un reducto de privacidad,inmanente y emanante de la condición y cualidad de persona en su esfera de intimidad.

**TERCERO.**-Deberemos dilucidar si el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la pareja sentimental del acusado,siendo la propia pareja también investigada, y sin que ese consentimiento haya sido informado,en cuanto no asesorado por Letrado ,vulneró el derecho a la





10/31

inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 de la C.E. con ocasión de hallarse el esposo o pareja de hecho, ya detenido y a disposición policial y judicial, trasladado a Comisaría en el coche policial, practicándose tal registro o entrega de la sustancia estupefaciente y báscula de precisión intervenidas a espaldas del detenido.

Pues bien, en el supuesto analizado acontece que el morador, titular del domicilio, había sido ya detenido y la diligencia de entrada y registro en su morada se practicó sin su conocimiento ni consentimiento, sin su presencia y sin la intervención ni asistencia técnica de Abogado, por lo que el resultado, los hallazgos incriminatorios resultantes de la práctica de esa diligencia adolecen de patente y meridiano defecto de licitud, constituyen prueba ilícita que no puede desencadenar efecto incriminatorio alguno ni, por consiguiente, enervatorio de la presunción de inocencia, con respecto al dicho acusado, otrora detenido, al ser vulnerados sus derechos, y, en particular, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y derecho de defensa.

Se argumenta, en tesis acusatoria patrocinada por el Ministerio Fiscal, que esa entrada y registro fue validada por la otra moradora de la vivienda, es decir, por la acusada, pero su consentimiento o autorización entendemos no puede suplir en el caso de autos, la autorización judicial, pues no existía obstáculo ni impedimento alguno para que la policía recabase el mandamiento judicial de entrada y registro, habiendo podido hacerlo sin grave perjuicio para el buen fin de la investigación, siendo que ese consentimiento de la acusada fue prestado en circunstancias tales que podemos hablar de un contexto de condicionamiento, de presión o que, en palabras de la jurisprudencia, se denomina intimidación ambiental, y no fue libre ni voluntario ni informado, sino inducido, habida cuenta que se produjo cuando su esposo o pareja de hecho, ya había sido detenido y trasladado en el coche policial no logotipado a las dependencias policiales, encontrándose la acusada con su bebé en el interior del vehículo que había pilotado su marido, acompañada de la policía, según parece, a la espera de que el servicio de grúa desplazara del lugar el vehículo, pero sin poder precisar ni aclarar los agentes actuantes, en el plenario, al ser inquiridos sobre ello, exactamente, el estatus jurídico conferido a la acusada, es decir, si estaba detenida, retenida, si lo era como testigo, sin que en tal caso se le instruyera de las advertencias ni admoniciones legales del art. 416 de la L.E. Criminal, en razón al vínculo afectivo con el acusado, ni se le leyera sus derechos, ni contase con Abogado que la asistiera técnicamente. Y tal consentimiento, prestado en esas circunstancias tan peculiares y especiales, y, en ese contexto, ante la preocupación, inquietud e incertidumbre del desenlace de la detención de su marido, y el que la acusada sea persona extranjera, con hijos, menores de edad, no es, en absoluto, descartable ni desdeñable que, sumida en esa situación de desconcierto, abrumada por ese contexto, diese su consentimiento e hiciese las manifestaciones que hizo condicionada por la situación humanamente comprensible de tratar de ayudar a su esposo, desconociendo la trascendencia y la incidencia y repercusión que, de ello, penalmente pudieran derivarse, y, del alcance de tales manifestaciones y autorización verbal para el acto injerencial policial de su hogar, en el que fueron incautadas sustancias estupefacientes y una balanza de precisión, como instrumento o útil vinculado al delito que se le achacaba a su marido, repetimos, no sólo detenido, sino ya trasladado en coche policial a las dependencias de la policía para pasar a





11/31

disposición judicial.

Por ello, consideramos que esa prueba debe reputarse ilícita y nula de pleno derecho y ha de ser excluida, expulsada, del acervo probatorio, conforme al art. 11.1 de la L.O.P.J. sin que pueda tener eficacia alguna ni contra el acusado ni contra la acusada.

**CUARTO.-**Y por lo que hace a las manifestaciones tildadas de espontáneas proferidas, según relato policial por la acusada, tampoco deben dispensársele valor ni eficacia probatoria alguna, en contemplación precisamente a esa especial situación ambiental y contexto en que se produjo la detención de su marido e intervención policial.

En efecto, las declaraciones espontáneas podemos afirmar son aquellas que hace el detenido o investigado ante los agentes de policía cuando se encuentra siendo objeto de investigación y mayormente cuando se halla privado de libertad y que no son prestadas en un contexto formal ante un Instructor y Secretario, con lectura previa de sus derechos e información de los hechos imputados, y con presencia y asistencia de abogado. Es decir, al margen de las normas que rigen el testimonio del detenido en la fase preprocesal policial, sin sujetarse al art. 520 .2 de la L.E.Criminal, consecuentemente al margen de lo previsto en el art. 17.3 de la C.E.

En cuanto a las manifestaciones espontáneas del coacusado, esta Sala tiene afirmado que cuando se trata de una manifestación voluntaria ante los agentes, espontánea, sin coacción alguna, sin que pueda considerarse que se trata de un interrogatorio policial, sea más o menos formal, lo allí declarado, puede ser valorado a los efectos probatorios, siempre y cuando se constate que fue efectuado respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen. Igualmente es necesario constatar que fueron introducidas debidamente en el juicio oral, mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (en tal sentido la mas reciente STS 25/03/2014 ).

Cierto es que, cual se pronuncia la STS de 7 de febrero de 2000, « ninguna ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, determinadas manifestaciones a la autoridad o a sus agentes, confesando su culpabilidad e incluso ofreciéndose a colaborar con ellos -cualesquiera que puedan ser los móviles de su conducta o la finalidad perseguida-, sea para evitar el agotamiento de la acción delictiva (piénsese en la posibilidad de informar de la colocación de explosivos programados, de la pretensión de los implicados de matar a determinada persona, etc.), sea para evitar la desaparición de los útiles, de los efectos o de los instrumentos de delito (piénsese en los casos de depósitos de armas o de explosivos, del cuerpo del delito, etc.), sea para evitar la causación de perjuicios a terceras personas o para tratar de disminuir los efectos de la acción delictiva, por cuanto este tipo de conductas -cuya eficacia puede depender en muchos casos de la intervención urgente de los agentes de la autoridad- están expresamente previstas en la propia ley como circunstancias que pueden atenuar la responsabilidad de los delincuentes y que, en todo caso, procede potenciar en cuanto confluentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social (ver





12/31

artículo 21.4<sup>a</sup>, 21.5<sup>a</sup> y 21.6<sup>a</sup> Código Penal ).

Ahora bien, en el caso de autos no consta que la acusada previamente a sus manifestaciones fuese informada de sus derechos, y la voluntariedad y espontaneidad de sus manifestaciones cabe ponerla francamente en entredicho, pues esa aceptación de colaborar con los agentes de la autoridad no puede desligarse del contexto en que se produjeron las manifestaciones, como se ha explicitado.

Estimamos que esas manifestaciones no pueden ser tomadas en consideración ni la entrega voluntaria debe surtir eficacia probatoria. Esas manifestaciones no pueden ser utilizables en contra de la acusada, la cual no tuvo asistencia letrada ni fue informada de sus derechos.

Apreciamos en el caso actual que el consentimiento dado por la acusada no puede, en palabras del TS, STS de 16 de mayo de 2000, reputarse plenamente libre, pues fue prestado en circunstancias que ha venido denominándose "intimidación ambiental" o "la eventual coacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan" y como cuida de señalar la STS de 26 de noviembre de 2003, el consentimiento ha de estar alejado y exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño. El consentimiento prestado debe ser correctamente informado y terminantemente libre.

En el caso de autos, concluimos que el consentimiento prestado no fue espontáneo ni libre, sino viciado, en cuanto sugerido o condicionado por ese cúmulo de circunstancias generantes de la denominada intimidación ambiental, y, por ende, carente de eficacia.

En efecto, aun cuando no fuese la intención de la fuerza actuante, lo cierto es que, desde la perspectiva del consentimiento debe estar garantizada la ausencia de todo tipo de coerción o amedrentamiento que pueda viciar la libertad o inducir o predeterminar una toma de decisión y es llano que la naturaleza de la actuación policial, con el dispositivo montado, con la detención del esposo de la acusada, y su traslado en coche policial, estando la investigada sola, sin Abogado, sosteniendo a su bebé, en el interior del habitáculo del vehículo, en un lapso temporal prolongado, generaba un ambiente de coerción, lícito desde la óptica policial, pero inapropiado para expresar la encausada en tales circunstancias y condiciones, con voluntariedad y espontaneidad, la renuncia a un derecho constitucional, como lo es el de guardar silencio, cuando ni siquiera fue informada por la policía de ello, por lo que la incriminación basada en tales manifestaciones y en las consecuencias derivadas de esa entrega voluntaria inciden en la prohibición recogida en el art. 11.1º de la L.O.P.J., en cuanto a que, en todo tipo de procedimiento no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales. Es lo que se llama la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo que, en el derecho anglosajón, se ha denominado "deterrence effect", operando en tal caso la regla de exclusión del acervo probatorio.





13/31

En efecto, del análisis pormenorizado de la prueba vertida en el plenario extraemos que el investigado fue detenido en el acto por la policía, y como declaró el acusado, su mujer viajaba con el bebé en la parte trasera del vehículo que iba conduciendo el acusado cuando intervino la policía. Al acusado le sacaron del turismo y le condujeron, detenido, a las dependencias policiales. Nadie le pidió su consentimiento para la entrada y registro domiciliar, ni su letrado estuvo presente en la diligencia de entrega y entrada en la morada familiar.

La acusada declaró en el plenario que permaneció por espacio de una hora en la calle, en el coche y afirmó que la policía le dijo que si no colaboraba le quitarían las niñas y que a ella la deportarían, y bajo esa presión, accedió a consentir la entrada en su domicilio. Dijo que ella no cogió la sustancia estupefaciente, y que los agentes de policía entraron en su domicilio, y que no le leyeron sus derechos, ni sabía cuál era exactamente su situación.

El Agente de policía con TIP nº 13354, tras narrar el intercambio que presencié, aseveró que la acusada se hallaba en la parte trasera del vehículo sosteniendo a su hijo y describió que la acusada se encontraba muy afectada, nerviosa, angustiada y con voluntad de ayudar a su marido. Afirmó que se trató de una entrega voluntaria de droga y de la báscula de precisión por parte de la acusada. Negó que entrase en la vivienda ocupada por los encausados. Dijo que no llegaron a registrar la casa. Reconoció, empero, que le dijeron a la investigada que si colaboraba judicialmente podría ayudar a su marido. Dijo que se quedaron en el umbral de la puerta de la vivienda, en el rellano, si bien admitió que las actas de intervención de la sustancia estupefaciente y de la báscula se ultimaron, se redactaron, en el interior del domicilio de los investigados.

Admitió que le transmitieron a la investigada que si colaboraba obtendría más atenuantes y con ello ayudaría a su esposo.

Reconoció que la investigada mostraba mucha preocupación por miedo a que le quitaran la custodia de sus hijos.

Llamativo es, sin duda, el dato atinente a que la fotografía se tomase por la policía sin reflejar el rostro, la imagen de la investigada, y, solo el busto y sus manos con la sustancia estupefaciente.

Se dijo al respecto, a modo de explicación o justificación de ese extraño actuar policial, que no fue captada la imagen del rostro de la investigada porque se hallaba bastante afligida y desconsolada.

Admitió el testigo que los tres agentes de policía finalmente accedieron al interior del domicilio de la acusada, al comedor.

El agente con TIP 3317 depuso en el plenario que la investigada estaba llorando, desecha, sollozando, y se preguntaba que va a pasar con mis hijos, y que le dijeron que si colaboraba la DGAIA no le quitaría la custodia de sus hijos. La investigada viajaba en la parte trasera del vehículo y exteriorizaba un miedo atroz a que le retirasen la custodia de sus hijos y que intentaron tranquilizarla. Ese agente, contrariamente a lo declarado por el otro funcionario policial, aseveró que no le indicó a la acusada que obtendría beneficios caso de colaborar.





14/31

En cualquier caso, admitió el agente que la investigada se hallaba sollozando, y que acabaron en el comedor de la vivienda donde se sentaron ,pero que el declarante no franqueó la puerta, no pasó del recibidor. Y admitió que no le fueron leídos sus derechos a la investigada, ni contó con la asistencia de Letrado.

El deponente reconoció que medió un lapso temporal ,a la espera de la grúa, en la que la investigada permaneció retenida por la fuerza actuante.Y al final de su declaración admitió que sí le dijo a la acusada que si colaboraba podía ello beneficiar a su marido.

El agente con TIP 6714 atestiguó en el plenario que la investigada se hallaba muy preocupada por lo que le podía suceder,aludió a problemas económicos,y vino a admitir que le dijo a la acusada que si tenían algo más,refiriéndose a sustancia estupefaciente,que se lo dijera e hizo alusión a la DGAIA y a la custodia de los hijos de la acusada.Admitió que ultimaron las actas en el interior de la vivienda y que la acusada lloraba y estaba muy desesperada.

Así las cosas, este Tribunal Enjuiciador llega a la conclusión que, en tales descritas circunstancias, las manifestaciones efectuadas por la acusada y la entrega de la sustancia estupefaciente ,así como de la balanza de precisión no pueden calificarse de espontáneas ni voluntarias, en cuanto a que el consentimiento prestado por la investigada resultó inducido o prestado en lo que se denomina intimidación ambiental,siendo que la investigada no fue informada de sus derechos, ni dispuso de asistencia técnica letrada y en cuanto a si se le sugirió que contase lo que supiera ,lo cierto es que ,amén de las contradicciones en la declaraciones de los agentes actuantes, puestas de manifiesto por la defensa de la investigada , los funcionarios de policía no dejaron claro si le llegaron a efectuar a la investigada alguna que otra advertencia en cuanto a la retirada de custodia de sus hijos y todos,sin excepción, depusieron que la investigada se hallaba desesperada,lloraba ,muy afectada ,hasta el punto que ni siquiera le fotografiaron el rostro ,según la policía, para ocultar la expresión de ella, su faz.

Y la pregunta resulta obligada, por qué se omitió la fotografía del rostro de la investigada. No se obtuvo una respuesta clara y convincente al respecto.

Por consiguiente, y, en base a la doctrina jurisprudencial invocada, no podemos validar ni las manifestaciones de la investigada que no son en puridad propiamente autoinculpatorias sino heteroinculpatorias, ya que incriminarían al esposo, ni la entrega voluntaria,al no haber sido la investigada informada debidamente de sus derechos, ni hallarse asistida de abogado.

Compartimos la tesis de la defensa, en cuanto a que lo correcto hubiese sido recabar por parte de la policía actuante,el oportuno y preceptivo mandamiento judicial de entrada y registro y no crear artificialmente una entrada y registro en el domicilio de los investigados. Es más, qué tipo de beneficio le deparaba especialmente al acusado,con la entrega de la sustancia estupefaciente e instrumento relacionado con la manipulación y comercialización de la droga que se le incriminaba cuando ello más bien perjudicaba la situación del encausado.

Así pues, excluida del acervo probatorio la prueba irregularmente obtenida,deberá





15/31

absolverse de ese hallazgo y entrega de sustancia estupefaciente a ambos acusados con todos los pronunciamientos favorables.

Por ello, la única acusación plausible es la relativa a la transacción o pase producido en el primer momento de la intervención policial.

**QUINTO.**-De los hechos enjuiciados y de su valoración probatoria.

Sabido es que el dictado de un pronunciamiento penal condenatorio pasa, con carácter general, por el respeto a dos principios fundamentales. De un lado, el principio o derecho a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24-2º de la Constitución Española, según el cual todo acusado se presume inocente en tanto que no se declare su culpabilidad y del que resulta, a su vez, dos consecuencias fundamentales: a) la imposición de la carga de la prueba a la acusación; y, b) la necesidad de que la declaración de culpabilidad sea precedida de auténticos actos de prueba de cargo, verificados en el acto del juicio oral, que permitan establecer la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado. De otro lado, y, en el ámbito de la valoración de la prueba de cargo realmente practicada, que es de la exclusiva competencia del Juez o Tribunal en los términos del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la necesidad de que la conclusión de existencia de hecho típico y "culpabilidad", haya podido establecerse más allá de toda duda razonable, pues toda duda revestida del dato de "razonabilidad" debe ser interpretada en favor del acusado, al imponerlo así el principio jurisprudencial conocido como in dubio pro reo (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1.992 o 10 de julio de 1.992).

Conforme a una reiterada y consolidada doctrina emanada de la Sala Segunda del Alto Tribunal Penal la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal Provincial constatar si concurre : a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

En contemplación de tales premisas doctrinales básicas e ineludibles, cabe abordar el análisis del caso que ahora se somete a la consideración del Tribunal.

El Ministerio Fiscal formuló acusación contra ambos acusados a los que atribuye su participación criminal en un delito contra la salud pública, en su tipo o modalidad básica del art. 368-1º del C.Penal.

Vaya por delante que no encontramos en el acervo probatorio prueba de cargo, apta





16/31

y bastante, de suficiente calado para condenar a la acusada ,pues no es dable acudir a meras cábalas ,suposiciones o a tesis especulativas, dado que no consta de forma inequívoca que tuviese cabal conocimiento ni que participase en el intercambio o pase de droga a cambio de dinero protagonizada por su marido, ya que el hecho de hallarse circunstancialmente sentada en la parte posterior del vehículo, a través de cuya ventanilla, de la portezuela delantera, se materializó la entrega de la sustancia estupefaciente, sin ningún antecedente policial ni información acerca de su implicación en esa actividad delictiva, no puede vincularle a esa actuación ,pues debe respetarse la presunción de inocencia que la ampara, por lo que deberemos absolverla con toda clase de pronunciamientos favorables.

Y por lo que hace al acusado, es cierto que, en su legítimo derecho de defensa, niega la entrega de la sustancia.

En efecto, en el interrogatorio, en el plenario, el acusado, dijo que se limitó a saludar al Sr. [REDACTED], a quien le preguntó por un pintor para pintar el piso.

Afirmó que no habían quedado, no se había citado de antemano, y que era un vecino conocido, lo vió y se paró para saludarle, pero negó haberle hecho entrega de droga. No obstante, sí admitió que le dió, le estrechó, la mano. El acusado llevaba consigo seis envoltorios de sustancia estupefaciente en el interior del vehículo, de similares características al que fue objeto de transacción, y en relación a esa ocupación manifestó que lo era para su propio consumo.

Ahora bien, la convicción judicial acerca de los hechos declarados probados y el juicio de culpabilidad del acusado se ha forjado por el Tribunal Enjuiciador tras examinar y valorar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conciencia, el resultado arrojado por los medios de prueba practicados en el acto de juicio, y de los cuales puede extraerse el suficiente material probatorio y de cargo, apto y suficiente para tener por enervada la presunción de inocencia que asiste al acusado.

En efecto, la hipótesis acusatoria ,en cuanto a la dinámica del pase o transacción de la sustancia estupefaciente a cambio de dinero, se obtiene y cobra la virtualidad de prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, a la vista de las probanzas practicadas en el plenario, al trasluz de los principios informadores de concentración, oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, de los que fluye que el acusado entregó al Sr. Vela, la referida sustancia estupefaciente que resultó ser cocaína a cambio de dinero.

En efecto, fueron categóricos y contestes los testigos presenciales, los agentes de policía actuantes al relatar en el plenario, sin contradicciones y de forma coherente que prestando servicio de seguridad ciudadana, de paisano, detectaron la presencia de un hombre en llamativa actitud nerviosa, inquieto, mirando constantemente a su alrededor, y ,en concreto, por donde venían los vehículos, vieron como entró en un Bar y salió del mismo hasta que llegó el vehículo que conducía el acusado ,que se detuvo, acercándose esa persona a la ventanilla del turismo, observando como se intercambiaba el envoltorio que le entregó el conductor, es decir, el acusado,





17/31

recibiendo éste a cambio el dinero del comprador de la sustancia, en concreto un billete de 50 euros y al proceder la policía a identificar al comprador ,éste ,sorprendido, tiró al suelo la sustancia.

Y debajo del asiento del conductor se localizó sustancia estupefaciente de las mismas características que la que fue objeto del intercambio.

Como hizo notar el Ministerio Fiscal, pese a que el testigo, Sr. [REDACTED] negó haber adquirido droga, lo cierto es que incurrió en manifiesta contradicción en su versión respecto con lo manifestado por el acusado.

Así, el acusado dijo que le dió la mano al Sr. [REDACTED] y éste lo negó, diciendo que se había apoyado en la ventanilla, con los brazos cruzados, sin contactar con el conductor.

**SEXTO.**-En cuanto al valor y virtualidad probatoria de las declaraciones de los agentes de autoridad la, entre otras muchas, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2014 (reiterando lo ya expuesto en las también recientes sentencias 328/2014 de 28 de abril y 433/2014 de 3 de junio), afirma que deben distinguirse los supuestos en que el policía está involucrado en los hechos bien como víctima (por ejemplo, atentado, resistencia...), bien como sujeto activo (por ejemplo, detención ilegal, torturas, contra la integridad moral, etc.). En estos supuestos no resulta aceptable en línea de principio que las manifestaciones policiales tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo, destructora de la presunción de inocencia por sí misma, habida cuenta la calidad, por razón de su condición de agente de la autoridad, de las mismas. Y no puede ser así porque cualquier sobreestimación del valor procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la degradación de la presunción de inocencia de los sujetos afectados por ellas. De manera que las aportaciones probatorias de los afectados agentes de la autoridad no deberán merecer más valoración que la que objetivamente se derive, no del a priori de la condición funcional de éstos, sino de la consistencia lógica de las correspondientes afirmaciones y de la fuerza de convicción que de las mismas derive en el marco de la confrontación de los restantes materiales probatorios aportados al juicio. Pero cuando se refiere a hechos en que intervengan por razón de un cargo en el curso de investigaciones policiales, esto es, lo que la doctrina denomina "delitos testimoniales", que tienen como característica común la percepción directa de su comisión por aquellos, el artículo 297.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal, otorga valor de declaración testifical a la prestada por funcionarios de la policía judicial en cuanto se refieren a hechos de conocimiento propio, reiterando en parte tal formulación del artículo 717 que añade, para el juicio oral, y sin restricción alguna, pues omite la limitación a los hechos de conocimiento propio que "serán apreciables según las reglas del criterio racional". El Tribunal Constitucional (S. 229/91 de 28.11) y esta Sala Segunda Tribunal Supremo (SS. 21.9.92, 3.3.93, 18.2.94), así lo entienden y conceden valor probatorio a sus testimonios debiendo ajustarse su apreciación y contenido a los mismos parámetros que los de cualquier otra declaración testifical.

Afirma ,en concreto, la STS. 395/2008 de 27.6, que según doctrina reiterada de esta Sala, las declaraciones de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento





18/31

propio, prestadas en el plenario con arreglo a los artículos 297 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia, dado que gozan de las garantías propias de tal acto, sin que exista razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales.

**SEPTIMO.**-Por lo que hace al testigo Sr. [REDACTED], conocido toxicómano por parte de los miembros integrantes de la fuerza actuante, deberemos evocar el tratamiento jurisprudencial que se dispensa al testigo comprador de sustancia estupefaciente.

Así, cual destaca la STS de 11 de diciembre de 2013, cuando señala, "como hemos dicho en SSTs. 146/2012 de 6.3, 77/2011 de 23.2, se trata de testigos adquirentes de droga, presumiblemente adictos a la misma. Su posición en el juicio -dice la STS. 1415/2004 de 30.11- es extremadamente delicada, como nos enseña la experiencia del foro, pues delatar al vendedor le va a acarrear seguras y graves represalias, no sólo por lo que en sí supone de imputación delictiva, sino por los riesgos que corren, de verse inmersos en problemas judiciales, los eventuales vendedores que decidan suministrarle alguna dosis en ocasiones futuras. A su vez, la simple expectativa de que dichos proveedores se nieguen a venderle la droga que necesita en lo sucesivo puede constituir un condicionante para declarar judicialmente con verdad ante la posibilidad de sufrir el tan temido síndrome de abstinencia. En definitiva, negar la realidad, encubriendo al suministrador de la sustancia tóxica, elimina todos los riesgos posibles, salvo una remota y poco probable condena por falso testimonio. Por todo ello, el testimonio de un adicto comprador para acreditar una transacción implicando al vendedor no ofrece garantías y se halla desacreditado ante los Tribunales de justicia, según nos muestra la experiencia judicial diaria. La poca relevancia de ese testimonio, permitiría entenderlo en el sentido más favorable al reo y aún así, no tendría repercusión en la convicción del Tribunal, ya formada a través de otras pruebas más serias y fiables.

En igual sentido las SSTs. 150/2010 de 5.3, 792/2008 de 4.12y 125/2006 de 14.2, ya precisaron que no es necesario para desvirtuar el principio de presunción de inocencia complementar los elementos incriminatorios con el testimonio de los adquirentes de la droga porque éstos "suelen negarse a identificar a sus proveedores por el tenor de represalias y por la necesidad de continuar en el futuro acudiendo a los mismos mercados ilícitos para abastecerse de mercancía para satisfacer su propio consumo".

Cual enfatiza el Auto del TS de 3 de noviembre de 2016, " esta Sala ha reiterado que el hecho de que no se haya dispuesto de la declaración del comprador, o que el comprador declare negando haber adquirido la droga al acusado, no es un aspecto que permita considerar un vacío probatorio, ni desvirtuar la prueba practicada sobre la base de la declaración de los agentes y la pericial practicada.

Pues bien, la versión que el testigo Sr. [REDACTED] nos ofreció en el plenario no resulta verosímil ni es creíble, y ,no sólo por las patentes contradicciones en las que incurrió con respecto a las manifestaciones efectuadas en el plenario por el acusado en





19/31

cuanto al encuentro ,en relación a la conversación mantenida, referida al encargo de trabajo de pintura, ya que el testigo dijo que no sabía nada de ningún pintor, extremo contrario a lo dicho por el encausado, sino porque el testigo negó todo contacto físico con el acusado, mientras que éste declaró que se limitó a estrechar la mano del Sr. [REDACTED], y, porque el Tribunal, en el contraste entre lo depuesto en el juicio oral y lo declarado en la fase de instrucción por el dicho testigo, otorga preeminencia a lo dicho en aquel entonces, habida cuenta que en el plenario el testigo reconoció que era suya la firma estampada a folio 16 de las actuaciones, en la que se receptionan sus manifestaciones, al aseverar entonces que se puso en contacto telefónico con el acusado para comprarle cocaína y que quedaron en el punto de encuentro de autos, produciéndose el intercambio de cocaína convenido con la contraprestación de un billete de 50 euros que entregó al conductor acusado, siendo vanas e inútiles las excusas o justificaciones dadas en el plenario, a fin de desdecirse de aquellas incriminatorias declaraciones, pues no existe indicio alguno de que firmase en blanco el acta de manifestaciones ni que fuese compelido a ello por la policía ni hay asomo de que la policía le golpease, pues ni siquiera hay parte médico que acredite tal aserto ,ni se interpuso denuncia alguna por el dicho testigo. Es más, al preguntarle acerca de la declaración policial, en la fase de instrucción, cual se constata a folio 72 y 73 de las actuaciones, el testigo depuso que el acusado y su esposa eran amigos del barrio, y adujo que ,si bien reconocía como suya la firma figurada en esa declaración policial, se vino a retractar de la misma, al afirmar que el acta de aprehensión se hallaba en blanco y que sólo facilitó sus datos personales a la policía, admitió que era consumidor habitual de cocaína, y dijo que la cocaína que le fue intervenida la había comprado en un Bar del barrio de Campoamor del que no proporcionó dato alguno y refirió que el encuentro con el acusado fue casual y en esa declaración judicial dijo el testigo que saludó al acusado y le dió la mano, mientras que en plenario, negó tal extremo.

Lo cierto es que la policía sorprendió a testigo y acusado en esa transacción de sustancia estupefaciente por dinero, siéndole ocupado en la mano, al acusado el billete de 50 euros que le acababa de ser entregado por el dicho comprador y aprehendida la sustancia estupefaciente que le fue entregada al adquirente ,dándose la circunstancia de que esa sustancia presentaba unas características de composición y de envoltorio muy similares a los otros envoltorios que le fueron intervenidos al acusado que portaba en el interior del vehículo.

La percepción directa de los agentes de policía actuantes en cuanto a dicha entrega, unida a la evidencia de la aprehensión tanto de la droga como del dinero, determina la existencia de prueba suficiente y con contenido inculpatario, apta para enervar el derecho a la presunción de inocencia.

Así las cosas, el juicio de inferencia se ajusta a los parámetros de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos exigibles para alcanzar una conclusión condenatoria por los hechos objeto de autos.

Es más le fue ocupada al acusado una suma de dinero en billetes fraccionados ,en un fajo con una goma de plástico, consistente en 4 billetes de 50 euros, y 5 de 20 euros, y en otro fajo, en el bolsillo izquierdo del pantalón del acusado, m 1 billete de 50 euros, cuatro de 10 billetes y 1 billete de 5 euros, producto del tráfico de sustancia





20/31

estupefaciente ,así como un teléfono móvil que,según se hace constar por la policía, durante la intervención policial, recepcionaba llamadas de manera asidua.

En cuanto a la naturaleza de dicha sustancia, que en el caso enjuiciado se trata de cocaína, se deriva de la pericia documentada obrante en las actuaciones,folios 74,75,76 y concordés ,pericial emitida por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forense, determinante de la composición de la sustancia estupefaciente intervenida, tratándose de cocaína, con la riqueza,pureza y peso que se consigna en el factum probatorio y que no fue debida ni correctamente impugnada por la defensa del acusado.

#### OCTAVO.- Calificación jurídica de los hechos.Juicio de tipicidad.

Los hechos declarados probados son legal y penalmente constitutivos de un delito contra la salud pública, referido a sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el art. 368 del Código Penal , al derivarse de los mismos la concurrencia de todos los elementos integrantes del tipo citado como son la realización de cualquiera de las actividades que describe el precepto mencionado encaminadas a promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o la posesión de estas sustancias con los mismos fines, considerándose como tales las incluidas en los Convenios Internacionales reguladores de esta materia suscritos por España, la falta de la oportuna autorización legal, administrativa o reglamentaria, para el ejercicio de estas actividades y el elemento subjetivo caracterizado por la intención de transmisión a terceros de estas sustancias, quedando excluido el autoconsumo,ya lo fuere individual o colectivo,en forma de consumo compartido. La cocaína aparece insertada en las listas 1ª y 4ª anejas al Convenio de Naciones Unidas de 1.971 y tiene la consideración de droga gravemente nociva para la salud según doctrina jurisprudencial reiterada y así, por todas la sentencia Tribunal Supremo 5 de abril de 2013, señala que el tipo objeto de aplicación sanciona a quienes realicen actos de tráfico, o de cualquier modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines. La cocaína es una de dichas drogas, y concretamente de las que causan grave daño a la salud.

Y ello, por cuanto, en efecto concurren en la conducta del acusado los elementos configuradores de dicha infracción penal es decir:

A) El objeto de la conducta típica aparece definido por la expresión drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

En este caso concreto como hemos expuesto y razonado ha quedado paladina y meridianamente probado que el acusado efectuó un intercambio de sustancia estupefaciente, en concreto, cocaína,a tercera persona ,a cambio de 50 euros y le fueron aprehendidos otros seis envoltorios de la misma sustancia con el peso ,naturaleza y riqueza y grado de pureza descritos,

B) La descripción de la conducta típica está representada por la conducta del





agente, dirigida a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de cultivo, fabricación, transporte o tráfico extendiéndose el tipo a la posesión con este último fin.

Como anteriormente se ha expuesto, la prueba practicada en el acto del juicio oral acredita sin género de dudas que el acusado vendió cocaína a otra persona a cambio de 50 euros y portaba consigo en el interior del vehículo que pilotaba, debajo del asiento, sustancia predestinada al tráfico a terceros.

C) No es de aplicación el subtipo atenuado, de menor entidad, contemplado en el art. 368 párrafo segundo del C.Penal, introducido por la Reforma del Código Penal efectuada por la L.O. 5/2.010, de 22 de junio y que autoriza a los Tribunales a imponer la pena inferior en grado de las señaladas en el párrafo primero, en atención a "la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable", lo cierto es que tal pretensión no resulta hacedera.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2013 y la aún más reciente de 10 de febrero de 2015, recogen una jurisprudencia ya consolidada (por todas Sentencia del Tribunal Supremo 586/2013, de 8 de julio) según la cual el artículo 368.2º del Código Penal vincula la atenuación a dos parámetros que no han de exigirse acumulativamente, siendo su aplicación susceptible de casación. Basta una de las alternativas -o menor antijuricidad, (escasa entidad del hecho) o menor culpabilidad (circunstancias personales)-. No es imprescindible la concurrencia de ambas (Sentencias del Tribunal Supremo 32/2011, de 25 de enero; 51/2011, de 11 de febrero; y 448/2011, de 19 de mayo, o 570/2012, de 29 de junio, entre otras). El juez o tribunal habrá de atender a ambas cuestiones, pero no necesariamente ha de señalar elementos positivos en los dos ámbitos. La aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación. Sí queda legalmente excluida la atenuación cuando se da alguno de los supuestos de los artículos 369 bis o 370 del Código Penal.

La "escasa entidad del hecho" es un requisito insoslayable, que no puede eludirse de ninguna forma. Así como respecto de las circunstancias personales del autor el Código se limita a decir que han de ser valoradas por el Juzgador, sin exigir que concurra alguna favorable, en relación al hecho declara que ha de ser de "escasa entidad".

No se alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho. No estamos ante la contrapartida del subtipo agravado de "notoria importancia" (artículo 369.1.5ª del Código Penal). Hay que vencer la tentación de crear una especie de escala de menos a más: i) cantidad por debajo de la dosis mínima psicoactiva (atipicidad); ii) escasa cuantía (368.2º); iii) supuestos ordinarios (tipo básico: 368.1º); iv) notoria importancia (369.1.5ª); y v) cantidad superlativa (370).

El artículo 368.2º se mueve en otra secuencia no coincidente con esa especie de graduación. Así lo demuestra la posibilidad legal, introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de aplicarlo a los casos del artículo 369 y entre





ellos, al menos por vía de principio, a supuestos en que la cantidad sea de notoria importancia. No se está hablando de "escasa cantidad", sino de "escasa entidad". Hay razones distintas al peso reducido que pueden atraer para el hecho la consideración de "escasa entidad" (sin afán de sentar conclusión alguna, se puede pensar en labores secundarias; facilitación del consumo a través sencillamente de informaciones sobre lugares de venta; tareas de simple vigilancia realizadas por alguien externo al negocio de comercialización; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas; actuación puntual y esporádica que no supone dedicación y ajena a móviles lucrativos...).

El precepto obliga a valorar también las circunstancias personales del autor. Pero así como en cuanto a la entidad del hecho sí requiere que sea "escasa", en este segundo parámetro se abstiene de exigir circunstancias que militen en pro de la atenuación. Sólo obliga a ponderar esas circunstancias personales.

La doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 33/2011 de 26 de enero, 482/2011 de 31 de mayo, 542/2011 de 14 de junio, 646/2011 de 16 de junio, 1359/2011 de 15 de diciembre, 193/2012 de 22 de marzo, 397/2012 de 25 de mayo, 506/2012 de 11 de junio, 869/2012 de 31 de octubre, 904/2012 de 27 de noviembre, 97/2013 de 14 de febrero y 270/2013 de 5 de abril o la 46/2015 de 10 de febrero) ha considerado que el párrafo 2 del artículo 368 CP incorpora un subtipo atenuado, en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado, en la medida en que se asocia legalmente a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo ("... la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable") cuya concurrencia puede y debe ser valorada racionalmente. Una vez constatados estos presupuestos citados, la rebaja penológica es obligada.

En definitiva, el referido precepto incorporado por la LO 5/2010, en palabras del Alto Tribunal, responde "...a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado" (STS 33/2011 de 26 de enero).

La STS 873/2012 de 5 de noviembre, resumió la doctrina jurisprudencial sobre este tipo atenuado en los siguientes términos:

- 1º) El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.
- 2º) Concorre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".
- 3º) La regulación del Art. 368.2º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.
- 4º) Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o





elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5º) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015, así como la Sentencia del Tribunal Supremo 724/2014, de 13 de Noviembre, nos resume la doctrina jurisprudencial sobre este tipo privilegiado del artículo 368.2º del Código Penal, señalando que "1º) El nuevo párrafo segundo del artículo 368 Cpenal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional. 2º) Concorre la escasa entidad objetiva –escasa antijuridicidad– cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico". 3º) La regulación del artículo 368-2º Cpenal, no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a esta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad. 4º) Las circunstancias personales del culpable –menor culpabilidad– se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social. 5º) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la atipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable. 6º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo. 7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia,





concurrir otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma".

Pues bien, la proyección de dicha jurisprudencia al supuesto examinado nos conduce a la exclusión del subtipo atenuado, y ello en consideración a que, cual puso de relieve la representante del Ministerio Fiscal, en su informe:

- a) el acusado manifestó que no era consumidor habitual de sustancias tóxicas, estupefacientes. Así lo reveló en la declaración judicial en la fase de instrucción, obrante a folio 47 de la causa, pues matizó que había sido en el pasado consumidor de cocaína, pero ahora, no. No pidió, por tanto, ser examinado por el Médico Forense, pese a ser informado e instruido de ese derecho.
- b) por el número de envoltorios que portaba consigo el acusado (6, más el que entregó al comprador),
- c) en disposición de transmitirlos a tercero, a cambio de dinero,
- d) la suma de 395 euros y la forma en que lo portaba, en billetes fraccionados, en fajos, uno con una goma elástica que le fue intervenida, producto del tráfico de estupefacientes
- e) el medio de transporte utilizado en la comercialización de la sustancia, su vehículo en el que transportaba otros seis envoltorios de similares características y con una composición y porcentajes de riqueza /pureza muy similares, al que fue objeto del llamado pase.

Consecuentemente, el acusado no es merecedor del trato privilegiado reconocido en el párrafo 2º del mismo artículo.

Ello no justifica, por ende, la aplicación del dicho subtipo atenuado ante el potencial número de consumidores y la afectación del bien jurídico protegido.

#### NOVENO.- De la autoría.

El acusado, [REDACTED], es autor de un delito contra la salud pública del párrafo primero del art. 368 del Código Penal, por su ejecución personal, consciente, voluntaria, material y directa (artículos 27 y 28 del Código Penal).

#### DECIMO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Se ha planteado por la defensa la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6º del C. penal, en razón a que, desde la fecha de la comisión de los hechos justiciables, que datan del año 2011, a la fecha de celebración del plenario, 2016, ha transcurrido un plazo de cinco años y se hace hincapié en que las actuaciones estuvieron paralizadas debido, entre otras causas, a disfunciones operadas por la indebida remisión competencial para el enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal y a la sustanciación del recurso de apelación relativo a la petición de nulidad y de





25/31

sobreseimiento de la causa.

Y, en base a ese retardo en el enjuiciamiento se pide la consiguiente degradación penológica.

Pues bien, entre otras, en la STS 948/2005, de 19 de julio ha dicho el Tribunal Supremo, que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes ( STEDH de 28 de octubre de 2003, [REDACTED] c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, [REDACTED] c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. ( STEDH de 28 de octubre de 2003, [REDACTED] y [REDACTED] c. España).

Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS nº 1151/2002, de 19 de junio, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la

Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa ( Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero)". Sin embargo, como hemos dicho también en la STS nº 1497/2002, de 23 septiembre, "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales".

La STS 360/2014, de 21 de abril, con abundante cita jurisprudencial, explica que la "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si





26/31

ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas -.

En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de estos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica, la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

Así, son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales.

Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

También nos recuerda esta STS 360/2014 que la Sala tiene establecido en resoluciones precedentes que la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse unas veces en la condición de simple y otras en la de especialmente cualificada, atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6ª del C. Penal. Y así se consideraron plazos irrazonables: nueve años de duración del proceso penal ( SSTS 655/2003, de 8 de mayo; y 506/2002, de 21 de marzo); ocho años ( STS 291/2003, de 3 de marzo); 7 años ( SSTS 91/2010, de 15-2; 235/2010, de 1 de febrero; 338/2010, de 16 de abril; y 590/2010, de 2 de junio); 5 años y medio ( STS 551/2008, de 29 de septiembre); y 5 años ( SSTS 271/2010, de





27/31

30 de marzo; y 470/2010, de 20 de mayo).

La atenuante de dilaciones indebidas a partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación legal expresa. El actual número 6 del artículo 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, contempla como tal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

A tenor de la literalidad del art. 21.6 CP, la atenuante exige de la concurrencia de una serie de elementos constitutivos:

- a) que tenga lugar una dilación indebida en el sentido de no justificada;
- b) que sea extraordinaria, en el sentido de relevante, de fuste;
- c) que ocurra durante la tramitación del procedimiento;
- d) que esa demora o retraso no sea atribuible al imputado; y
- e) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean indebidas.

Junto a ello, siendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una disminución de la consecuencia penológica, se ha dicho a veces que es requisito inmanente de la atenuante que aquel que postula su aplicación no se sienta beneficiario de las dilaciones, más allá de que no le sean imputables.

El perjuicio, en principio, ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación apud acta...) acarrear molestias y padecimientos que se acrecientan a medida que el proceso se prolonga indebidamente. Pero no siempre es así: en ocasiones el acusado está interesado por razones variadas en postergar lo más posible el resultado procesal. Dicho de otra manera, puede presumirse como regla general que admite prueba en contrario que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado (mucho más, desde luego, al que finalmente es absuelto que, sin embargo, ordinariamente no obtendrá contrapartida alguna). Ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (al margen de otras a través de instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 CP).

No admite discusión que el tiempo de duración de este proceso ha sido excesivo. La complejidad no justifica una espera de poco más de cinco años hasta obtener resolución final.

El hecho que las incidencias entorpecedoras no sean reprochables al acusado, sino más bien a disfunciones en la tramitación y gestión del procedimiento, no disipan el perjuicio derivado de la demora sufrido por el justiciable. Objetivamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha padecido. Decidir sobre la atenuante no es un tema de identificar culpabilidades o responsabilidades, sino de constatar tanto la





28/31

afectación en el derecho al enjuiciamiento en un plazo razonable; como que quien lo invoca no ha contribuido a los retrasos con su comportamiento procesal.

En este caso son carencias estructurales de órganos públicos de auxilio a la Administración de Justicia las causantes del severo retraso sufrido, con acusados periodos de paralización injustificados.

El volumen de tareas pendientes en tal órgano provocando una situación, si no de colapso, la saturación de asuntos que sufre el Partido Judicial de Sabadell, conforma un escenario proclive a tales retrasos.

Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sea extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que las dilaciones sean desmesuradas.

Puede realizarse tal valoración en relación al presente asunto: más de cinco años sometido a un proceso que podía haberse ventilado, al menos, tres o hasta cuatro años antes, es sin duda, demasiado tiempo.

Para valorar la intensidad de la atenuante se debe conjugar tanto el examen del total de duración del proceso, como la dimensión de los periodos de ralentización y sus causas. Aquí hay una parálisis total durante más de tres años por razones achacables en exclusiva a los Poderes Públicos. La duración de la tramitación ha sido objetivamente desmesurada como consecuencia singularmente del dilatado tiempo de espera para conseguir que un organismo del Estado resolviese los problemas técnicos surgidos para la realización de una prueba, problemas que al final no se han zanjado: ha sido una espera no solo larga, sino además inútil. El acusado se ha visto privado no solo del derecho a un juicio sin dilaciones, sino a un juicio público en un plazo razonable.

Que no sean imputables más que indirectamente a la Administración de justicia (lo es a sus organismos auxiliares) no muta la valoración de las dilaciones a estos efectos. Y que la defensa haya consentido con esa espera tampoco es razón para regatear el carácter privilegiado de la atenuación: no ha sido una espera propiciada, deseada o buscada, sino resignada ante los avatares y vicisitudes procesales expuestas. El lapso de paralización por esa causa que se han revelado inútil, supone una relevancia suficiente para la cualificación de la atenuante. Ese retraso al final ha determinado que no se haya podido alumbrar la sentencia hasta más de cinco años después. La atenuante debe, por tanto, estimarse como cualificada.

En efecto, constatamos, a folio 157 de la causa, Auto decretatorio de la nulidad de actuaciones, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Sabadell, de fecha 29 de agosto de 2013, al percatarse el Juzgado de la omisión de traslado al Ministerio Fiscal y resto de partes formalmente personadas. Auto de fecha 21 de mayo de 2014, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona resolutorio del recurso de apelación contra los Autos dictados por el dicho Juzgado de Instrucción de fecha 19 de febrero de 2013, Providencia, de fecha 6 de marzo de 2015, por el que, indebidamente viene reputado como órgano enjuiciador y decisorio, el Juzgado de lo Penal de Sabadell, Providencia del Juzgado de lo Penal 3 de Sabadell, de





29/31

fecha 6 de julio de 2015, por el que se acuerda la devolución de las actuaciones al Juzgado de Instrucción de procedencia al haberse abierto el Juicio Oral ante la Audiencia Provincial de Barcelona, competente para el enjuiciamiento de los hechos. Auto de fecha 19 de julio de 2015, dictado por esta Sección Novena, ya subsanado el error advertido, por el que se se admiten las pruebas propuestas y se se propone el señalamiento del plenario que se celebró en la fecha prevista, en noviembre de 2016 ante esta Sección Novena con el resultado que es de ver en la videograbación del juicio oral, en soporte audiovisual.

Ciertamente, no tratándose en puridad de una causa compleja, con dos acusados, y sin que se precisase de una prueba pericial toxicológica, dado que la misma no fue impugnada y afloró al proceso en la modalidad de pericia documentada, la demora en la sustanciación del proceso, básicamente obedeció a las dichas disfunciones que en modo alguno le son imputables al acusado, por lo que en esa tesitura deberá ser apreciada, como cualificada, en atención a la naturaleza del ilícito penal y escasa complejidad en la instrucción, la atenuante de dilaciones indebidas en el sentido de rebajar en un grado la pena a imponer al acusado, por lo que conforme a lo establecido en el art. 66 y art. 72 y concordantes, y en consonancia con lo dispuesto en el art. 368 del C.Penal, se está en el caso de imponer al acusado, la pena de UN AÑO Y SIETE MESES DE PRISIÓN y la pena de MULTA DE CINCUENTA EUROS.

#### UNDECIMO.- De las penas a imponer.

Procede imponer al acusado la pena UN AÑO Y SIETE MESES de prisión y multa de 50 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal, para el caso de impago de la multa, de un día.

En cuanto a la pena de multa, debe establecerse en función de la cantidad de dinero entregado en el intercambio, siguiendo en este punto la doctrina que al respecto ha elaborado el Tribunal Supremo, matizando la existente cuando se suprimía la pena de multa en ausencia de pericia acerca del valor de la droga transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2008), cuando consta claramente el precio pagado por la sustancia. Por tanto, está acreditado el valor de la droga incautada, siendo innecesario un informe pericial sobre tal aspecto, porque se ha probado por el testimonio de los agentes que el dinero entregado al acusado por el comprador fue 50 euros, por lo que ello se estima como el valor de la droga. Y procede imponer al acusado, en consonancia con la extensión mínima de la pena de prisión, la multa de 100 euros y dos días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

#### DECIMO SEGUNDO.- Responsabilidad Civil.

No habiéndose formulado pretensión en orden a la responsabilidad civil, no procede hacer pronunciamiento alguno en este punto, dada la naturaleza, por lo demás, del ilícito penal enjuiciado.

#### DÉCIMO TERCERO.- Comiso.





30/31

De conformidad con lo prevenido en los artículos 127 y 374.1 del Código Penal, procede decretar el decomiso de la droga y los 50 euros intervenidos al acusado producto de la venta de cocaína ,a fin de darle el destino legalmente establecido. Asimismo, al resto de sustancia estupefaciente intervenida y a la balanza de precisión se les dará el destino legal.Dése ,asimismo, al dinero intervenido al acusado,el destino legal.

**DECIMO CUARTO.-** De las costas procesales.

Según resulta de los artículos 123 del Código Penal y 240 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponer las costas del juicio al acusado.

**DECIMO QUINTO.-** Abono de prisión preventiva.

En mérito de lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal, habrá de ser abonado al acusado el tiempo de privación de libertad que, en su caso, hubiere sufrido por razón de la presente causa.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

**FALLAMOS**

**QUE DEBEMOS:**



**1.- CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado [REDACTED] ya circunstanciado, como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública ,en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, precedentemente definido y conceptuado, previsto y penado, en el apartado primero ,tipo básico, del artículo 368 del Código Penal, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de dilaciones indebidas, apreciada como cualificada, a la penas de **UN AÑO Y SIETE MESE DE PRISIÓN y MULTA DE 50 EUROS**, con dos días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, así como al pago de las costas procesales causadas.

**2.-DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a la acusada, [REDACTED] con toda clase de pronunciamientos favorables por el delito contra la salud pública de que venía siendo acusada,

**3.- ACORDAMOS EL COMISO** de la droga y del dinero que constan intervenidos en la presente causa,así como de la balanza de precisión intervenida a los que se dará el destino legal.

Sírvale de abono al acusado el tiempo de privación de libertad que, en su caso, hubiere sufrido con motivo de ésta causa.

Notifíquese la presente Sentencia a todas las partes procesales comparecidas, con expresión de que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley y/o





31/31

por quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días, a anunciar ante esta Sala y para su substanciación ante el Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente constituido en Audiencia Pública, en el mismo día de su fecha. De lo que doy fe.

